COUR DE CASSATION

INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° Q2517110	
Décision attaquée : 5 mai 2025 de la cour d'appel de Paris	

M. [D] [C] C/ le directeur Régional des finances publiques d'[Localité 3] et du département de [Localité 1] _____	
Jocelyne Amouroux, avocat général	**AVIS** **de l'avocat général**

Avis de rejet

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par un acte notarié du 18 décembre 2014, M. [C] a fait une donation-partage de la nue-propriété de 751 actions de la société Groupe des Cyclades à chacun de ses trois enfants.

A été appliquée à la base taxable aux droits de mutation à titre gratuit d'un montant de 3 877 200 euros l'exonération partielle de 75 %, en application des dispositions de l'article 787 B du code général des impôts.

Le 13 septembre 2018, l'administration fiscale a notifié à M. [C] une proposition de rectification au titre des droits de mutation à titre gratuit en raison de la remise en cause de l'exonération partielle de l'article 787 B du code général des impôts.

Après réponse aux observations du contribuable, l'administration fiscale a maintenu

le rehaussement et a adressé le 14 février 2020 un avis de mise en recouvrement (AMR) à hauteur de 860 472 euros en droits et de 135 954 euros en pénalités.

Après rejet de sa réclamation le 10 juin 2020, M. [C] a fait assigner l'administration

fiscale devant un tribunal en décharge des droits et pénalités.

Par un jugement du 13 janvier 2022, le tribunal a rejeté l'ensemble des demandes de

M. [C].

Sur l'appel formé par M. [C], la cour d'appel a, par un arrêt du 5 mai 2025, dit la procédure régulière et confirmé le jugement déféré.

C'est la décision attaquée par le pourvoi formé par M. [C]

2.Les moyens

Le pourvoi comporte deux moyens divisés en plusieurs branches.

L'exposante souscrit aux propositions de rejets non spécialement motivés de Monsieur le rapporteur, de sorte que le présent avis ne porte que sur la première branche du premier moyen et le second moyen.

Par le premier moyen pris en sa première branche, M.[C] fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses demandes, alors que :

1 / l'exonération partielle de droits de mutation prévue à l'article 787 B du code général des impôts s'applique à la transmission de parts ou actions de sociétés qui, ayant pour partie une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exercent principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice ; que si l'activité éligible doit être prépondérante au jour de la donation, la nature et les conditions d'exercice des activités de promotion immobilière et de marchand de biens impliquent néanmoins d'apprécier leur prépondérance au regard d'indices observés sur une échelle temporelle suffisamment étendue pour refléter le cycle économique habituel de telles

activités ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a néanmoins retenu que les opérations d'achats et reventes d'immeubles réalisées par la SAS Groupe des Cyclades et ses

filiales entièrement achevées au cours de l'exercice antérieur à la donation ou qui, inversement, ont été conclues dans leurs 2 phases postérieurement à l'année 2014

n'avaient pas à être prises en compte aux fins de déterminer si les activités de promotion immobilière et de marchand de biens étaient, ou non, prépondérantes, et

qu'au jour du fait générateur le chiffre d'affaires provenant d'une activité commerciale

se chiffrait à 250 000 euros à la suite d'une vente intervenue en avril 2014 alors que

l'activité civile de location immobilière représentait un montant de 974 777 euros ; qu'en se prononçant de la sorte, la cour d'appel, qui n'a pas déterminé le faisceau d'indices d'après

le cycle économique des activités de promotion immobilière et de marchand de biens, a violé l'article 787 B du code général des impôts

Par le second moyen divisé en deux branches, M.[C] fait le même grief, alors que :

1 / lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle

n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun

rehaussement en soutenant une interprétation différente ; que la doctrine administrative s'applique littéralement, sans que son bénéfice puisse être subordonné

à une condition qu'elle ne prévoit pas expressément ; que par une instruction publiée

au BOFiP-impôts sous la référence BOI-ENR-DMTG 10-20-40-10 le 19 mai 2014, l'administration, commentant les dispositions de l'article 787 B du code général des

impôts, a indiqué que : « Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du montant du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut) » ; que l'instruction administrative, qui se borne

à indiquer que la société doit conserver une activité éligible au bénéfice de l'exonération partielle pendant toute la durée de l'engagement collectif et de l'engagement individuel, ne précise pas, s'agissant de la première condition, selon laquelle le chiffre d'affaire procuré par l'activité éligible doit représenter au moins 50 % du chiffre d'affaires total, qu'elle devrait s'apprécier exercice par exercice ; que M. [C] faisait valoir que, appréciée sur l'ensemble de la période couverte par les engagements de conservation, la condition posée par la doctrine était satisfaite (conclusions d'appel, p. 34) ; que, pour rejeter le moyen de M. [C] tiré de la garantie

contre les changements de doctrine, la cour d'appel a énoncé que le premier critère

relatif à un chiffre d'affaires supérieur à 50 % n'est pas rempli puisqu'il a été constaté

que, pour l'exercice considéré, le pourcentage du chiffre d'affaires affecté à l'activité

commerciale était inférieur au chiffre d'affaires affecté à l'activité civile ; qu'en statuant

ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté à la doctrine administrative une restriction qu'elle ne

comporte pas quant à la période sur laquelle le ratio de chiffre d'affaires doit être apprécié, a violé l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ;

2 / lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle

n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun

rehaussement en soutenant une interprétation différente ; que la doctrine administrative s'applique littéralement, sans que son bénéfice puisse être subordonné

à une condition qu'elle ne prévoit pas expressément ; que par une instruction publiée

au BOFiP-impôts sous la référence BOI-ENR-DMTG 10-20-40-10 le 19 mai 2014, l'administration, commentant les dispositions de l'article 787 B du code général des

impôts, a indiqué que : « Le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du

montant du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut) » ; que la seconde condition ainsi posée, selon laquelle le montant de l'actif brut immobilisé doit représenter au moins 50 % du montant total de l'actif brut, doit être appliquée littéralement de sorte que, même si la

faiblesse du taux d'immobilisation de l'actif brut n'est pas davantage l'indice d'une activité civile autre qu'agricole ou libérale que son importance celui d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, l'instruction administrative ne saurait être ré-interprétée librement comme invitant à comparer à l'actif total l'actif immobilisé affecté aux activités professionnelles éligibles ; que, pour rejeter le moyen

de M. [C] tiré de la garantie contre les changements de doctrine, la cour d'appel a d'abord énoncé que l'actif brut immobilisé ne peut pas être retenu sans appréciation

de son affectation dès lors qu'il s'agit de se prononcer sur un caractère prépondérant

et que la solution proposée par M. [C] reviendrait à retenir un actif immobilisé comportant des éléments de nature tant civile que commerciale, puis elle a retenu la

valorisation proposée par l'administration fiscale, qu'elle avait rappelé en ces termes : « Selon l'administration fiscale, il convient nécessairement en cas d'activité mixte de

tenir compte de l'activité de la société et de l'affectation de l'actif immobilisé. Au 31 décembre 2014, l'actif brut immobilisé d'un montant de 2 207 295 euros représente

ainsi 41,64 % de l'actif brut total (5 300 962 euros) » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a fait prévaloir l'esprit de la doctrine administrative sur sa lettre, a violé l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales.

3. Discussion

Sur le premier moyen pris en sa première branche.

Le moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 787 B du CGI, en retenant :

- que les opérations d'achats et reventes d'immeubles réalisées par la société Groupe des Cyclades et ses filiales entièrement achevées au cours de l'exercice antérieur à la date de la donation (18 décembre 2014) ou qui, inversement, ont été entièrement réalisées postérieurement à l'année 2014 n'avaient pas à être prises en compte aux fins de déterminer si les activités de promotion immobilière et de marchand de biens étaient, ou non, prépondérantes,

- et qu'au jour du fait générateur, le chiffre d'affaires provenant d'une activité commerciale se chiffrait à 250 000 euros à la suite d'une vente intervenue en avril 2014, alors que

l'activité civile de location immobilière représentait un montant de 974 777 euros, alors que si l'activité éligible doit être prépondérante au jour de la donation, la nature et les conditions d'exercice des activités de promotion immobilière et de marchand de biens impliquent néanmoins d'apprécier leur prépondérance au regard d'indices observés sur une échelle temporelle suffisamment étendue pour refléter le cycle économique habituel de telles activités.

Le pourvoi invite la chambre à se prononcer sur la question, à ma connaissance inédite, de savoir **si pour déterminer si une société ayant à la fois une activité civile et une activité de promotion immobilière et de marchand de biens, est éligible au régime du pacte Dutreil prévu à l'article 787 B du code général des impôts(ci-après CGI), la nature et les conditions d'exercice des activités de promotion immobilière et de marchand de biens exigent d'apprécier leur prépondérance au regard d'indices observés sur une échelle temporelle suffisamment étendue pour refléter le cycle économique habituel de ces activités.**

L'article 787 B du code général des impôts dans sa rédaction applicable au litige accorde une exonération de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur, aux parts ou actions de société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale transmises par décès ou entre vifs sous réserve de la réunion de certaines conditions [1] .

Il résulte de la jurisprudence que les sociétés exerçant une activité « mixte » sont éligibles au dispositif de l'article 787 B du CGI [2] sous réserve que l'activité éligible soit prépondérante.

Le Conseil d'Etat juge que cette situation s'apprécie **en considération d'un faisceau d'indices** déterminés d'après la nature de l'activité et les circonstances de son exercice.(CE 23 janvier 2020 n° 435562)

La chambre commerciale **s'est prononcée le 14 octobre 2020 sur cette question, par un arrêt de principe** [3] dans lequel elle a jugé que :

- le régime d'exonération partielle institué par l'article 787 B s'applique également à la transmission de parts ou actions de sociétés **qui, ayant pour partie une activité civile** autre qu'agricole ou libérale, **exercent principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice ;**

- **doit être assimilée à ces sociétés ayant une activité mixte, dont la transmission des parts est éligible à ce régime de faveur** , la société holding qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, **a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale** , et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers, **le caractère principal de son activité d'animation de groupe devant être retenu notamment lorsque la valeur vénale, au jour du fait générateur de l'imposition, des titres** de ces filiales détenus par la société holding représente plus de la moitié de son actif total.

- **prive sa décision de base légale** , la cour d'appel qui retient que la transmission de la nue-propriété d'actions d'une société holding animatrice de son groupe est éligible à ce régime de faveur en se fondant sur **des motifs pris de ce que l'actif brut immobilisé de cette société représentait une part prépondérante de son actif brut total, impropres à établir qu'elle avait pour activité principale l'animation de son groupe** , ce que l'administration contestait en soutenant que la valeur vénale réelle des actifs de la société relatifs à son activité civile de gestion de valeurs mobilières représentait une part prépondérante de son actif total, réévalué au jour de la mutation.

Il résulte de cette jurisprudence que ce faisant notre chambre accepte de retenir le critère de **l'analyse des actifs, pour leur valeur vénale au moment de la transmission** , et juge à l'instar de la jurisprudence du Conseil d'Etat [4] que le critère de l'actif brut peut être mobilisé **pour mesurer la part que représente dans la valeur totale de l'actif brut de la société, la valeur vénale de ses actifs affectés à son activité opérationnelle, afin de déterminer laquelle de ses deux activités civile ou commerciale est prépondérante.**

Il ressort enfin de la jurisprudence en la matière qu'est censuré pour défaut de base légale **le défaut d'examen des autres indices du caractère principalement commercial de l'activité d'une société, fondés sur la nature de l'activité de la société et les conditions de son exercice** .

Le pourvoi invite la Cour à se pencher, pour en vérifier l'éligibilité au dispositif de l'article 787 B du CGI, **de l'activité mixte d'une société comprenant celle, de marchand de biens et de promoteur immobilier** qui consiste pour « *des personnes, de manière habituelle, à acheter en leur nom, en vue de les revendre, des immeubles, des fonds de commerce, des actions ou parts de sociétés immobilières, à souscrire en vue de les revendre, des actions ou parts créées ou émises par les mêmes sociétés, ou à acheter des biens immeubles, en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux* », dont les résultats sont classés en application de l'article 35 I,1er er 1 er bis du CGI [5] **dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, et est comme telle, commerciale** au sens de ce texte, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n°2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024.

La question posée par le pourvoi porte sur la détermination de la prépondérance ou non de cette activité commerciale par rapport à l'activité civile de location de la société.

Le demandeur au pourvoi fait grief à l'arrêt **de se placer à la date du fait générateur de l'imposition** pour déterminer si son activité éligible au régime de faveur du pacte Dutreil **était prépondérante, alors que les activités de promotion immobilière et de marchand de bien impliquent d'apprécier leur prépondérance au regard d'indices observés sur une échelle temporelle suffisamment étendue** pour refléter le cycle économique habituel des activités.

Le MA fait valoir à cet égard que **cycle économique de l'activité de promotion immobilière se caractérise par la longue durée** qui sépare l'acquisition primitive des terrains et la livraison de l'immeuble construit. Cette durée est plus étendue encore que celle du cycle économique de l'activité de marchand de biens : de nombreuses années peuvent s'écouler entre l'acquisition initiale des terrains, l'obtention des autorisations requises en vertu de la législation sur l'urbanisme commercial, la construction et la revente du centre commercial bâti. Ce cycle économique se singularise également **par le**

caractère irrégulier des ventes d'immeubles construits qui conduit à la nécessité d'adapter l'échelle temporelle du faisceau d'indices propres à mesurer la prépondérance des activités de promotion immobilière et de marchand de biens à la durée pluriannuelle des cycles économiques de ces activités. Il expose également que le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de juger que les spécificités des activités d'achat/revente d'immeubles rendent vaine toute appréciation qui serait réalisée selon une échelle temporelle trop étroite, en retenant que « la circonstance qu'au cours d'une année aucune opération mentionnée à l'article 35 du code général des impôts n'ait été réalisée par une société civile ne suffit pas, à elle seule, à écarter l'application de ces dispositions pour cette année » (CE, 3 ème

2020, n °425443., min. c/ ESPM). Le MA déduit de cette jurisprudence du Conseil d'Etat que ce sont donc bien les deux critères de la nature de l'activité (son caractère habituel, qui participe de sa définition) et de ses conditions d'exercice qui expliquent que l'appréciation doit nécessairement être pluriannuelle. Il soutient que, de la même façon, pour l'application des dispositions de l'article 787B du code général des impôts, si l'activité éligible doit être prépondérante au jour de la donation, il n'en demeure pas moins que la nature et les conditions économiques d'exercice des activités de promotion immobilière et de marchand de biens impliquent d'apprécier leur prépondérance au regard d'indices observés sur plusieurs années. Il en conclut qu'en réduisant délibérément l'échelle temporelle d'appréciation du faisceau d'indices qui doit être mis en oeuvre pour apprécier la prépondérance de l'activité commerciale éligible au seul exercice de survenance du fait générateur de l'impôt et en limitant son appréciation aux seules opérations en cours à cette date, alors qu'il lui incombait d'apprécier la prépondérance de l'activité commerciale éligible au regard d'un faisceau d'indices déterminés d'après les conditions d'exercice de cette activité et, donc, de leur cycle économique habituel, la cour d'appel ne s'est pas conformée à la jurisprudence concordante de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

Je suis cependant d'avis s'agissant de **la date du fait générateur** contestée par le demandeur au pourvoi, pour apprécier l'activité prépondérante, que de manière générale, le régime juridique applicable à une imposition, de même que la valeur des biens imposables, le taux ou le barème de l'impôt s'apprécient à la date du fait générateur de l'imposition.

Ainsi que le relève le MD, conformément à ce principe, la Cour de cassation juge que les actions de la société en cause ne peuvent bénéficier de l'exonération partielle prévue à l'article 787 B du CGI dès lors que les contribuables n'avaient pas démontré « *qu'à la date de la donation-partage, la société exerçait effectivement en plus de son activité financière, une activité d'animatrice de groupe* » (Cass. Com 21 juin 2011 n°10-19.770 cité par le MD)

De même il ressort de l'arrêt de principe précité du 14 octobre 2020 (point 7), que le la chambre commerciale **se place au jour du fait générateur de l'imposition** lorsqu'elle apprécie le caractère principal de l'activité d'animation d'une holding pour juger de l' éligibilité de son activité au dispositif du pacte Dutreil.

Ainsi que le relève à juste titre l'administration, et contrairement à ce que soutient le demandeur au pourvoi, le fait que la Cour de cassation a dit pour droit, de même que le Conseil d'Etat, que la prépondérance de l'activité éligible au dispositif de faveur doit s'apprécier **en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice** s'il vise à définir en fonction de celle-ci les indices/ critères pertinents à mettre en oeuvre, **ne remet pas en cause le principe**

général selon lequel l'appréciation de la prépondérance de l'activité éligible est réalisée à la date du fait générateur.

Sur ce dernier point, la jurisprudence récente de la chambre est en ce sens [6].

Il convient d'ailleurs de souligner qu'il résulte de la jurisprudence tant de la Cour de cassation, que du Conseil d'Etat, que contrairement à ce que soutient le moyen **ce n'est pas le faisceau qui doit être déterminé d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice, mais les indices à prendre en compte.**

Il en résulte que l'appréciation de l'éligibilité au dispositif des dispositions de l'article 787 B du CGI ne peut résulter que des éléments effectifs à cette date et non reposer sur des opérations antérieures terminées ou sur des projets en cours, sur une période indéterminée ou correspondant à celle de la conservation des parts [7].

Outre que cette contrainte de conservation des titres, sert à garantir la stabilité de l'actionnariat pendant une période donnée, en contrepartie de l'avantage fiscal, il ne résulte pas de l'article 787 B du CGI **dans sa rédaction applicable au litige** , l'obligation faite par le législateur d'une telle corrélation.

Il peut être rappelé que la chambre commerciale a eu l'occasion dans un arrêt du 23 mai 2022 [8], s'agissant d'une holding animatrice, de censurer un arrêt dans les termes suivants : « *viole ces dispositions [article 787 B du CGI],* ***en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas*** *, la cour d'appel qui énonce que, s'agissant de la transmission des parts d'une société holding, le bénéfice de l'avantage fiscal est subordonné à la conservation, par cette société, de sa fonction d'animation de groupe jusqu'à l'expiration du délai légal de conservation des parts ».*

A toutes fins il peut également être souligné qu'il résulte de la jurisprudence *supra* , que si la chambre commerciale, en les assimilant à une société ayant une activité mixte, juge que les dispositions du pacte Dutreil s'appliquent aux holding animatrices, sous réserve de l'application du principe de prépondérance de leur activité commerciale, **c'est à la condition que les filiales du groupe concerné exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale (c'est à dire qu'elles exercent une activité éligible).**

Or dans la cadre de son appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui ont été soumis, la cour d'appel **a retenu que les SCI, dans lesquelles la société Groupe des Cyclades détenait des participations, exerçaient principalement une activité civile de location de longue durée** , et qu'il n'était pas justifié d'opérations d'achat suivi de revente au terme des engagements de conservation susceptibles de relever de l'activité commerciale de marchand de biens.

La cour d'appel a à cet égard, relevé par motifs propres et adoptés, que la SCI Rodos était propriétaire de locaux acquis en 2001 qu'elle a revendus en 2017, soit 16 ans après l'achat, que la société Schiza était propriétaire de locaux acquis en 2006, donnés en location, revendus en 2017, soit plus de 11 ans après l'acquisition, la société Castelorisos était propriétaire de locaux acquis en 2001 donnés en location, revendus en 2017, soit 16 ans près leur acquisition, que les biens de ces trois sociétés avaient fait l'objet d'un apport fusion à la SCI Lefkas en février et mars 2017, avant d'être cédés en qualité d'immobilisations corporelles, **les produits des ventes n'étant pas comptabilisés en chiffre d'affaires liés à l'activité habituelle de marchands de biens ou de**

promotion immobilière mais en produits exceptionnels, sans lien avec le cycle normal d'exploitation de l'entreprise , et que les SCI Strophades et Magnassi n'avaient plus d'activité, ayant revendu leurs biens avant la donation.

En l'espèce,

l'arrêt confirmatif pour débouter M.[C] de sa demande tendant à juger que l'activité prépondérante de la société Groupe des Cyclades la rendait éligible à l'exonération de l'article 787 B du code général des impôts,

Après avoir énoncé que la détermination de l'activité prépondérante résulte d'un faisceau d'indices sans se limiter au seul pourcentage de chiffre d'affaires ou au montant de l'actif brut immobilisé et que si la date de l'appréciation est celle de la transmission, en l'espèce les 18, 22 et 23 décembre 2014, les cessions intervenues postérieurement dans les délais d'usage doivent être prises en compte dès lors qu'elles se rattachent à l'activité commerciale de marchand de biens (achat/revente),

- **retient** qu'au regard **du chiffre d'affaires au jour du fait générateur de l'imposition** , et au vu des éléments transmis à l'administration fiscale par M. [C] :

- l'appartement situé [Adresse 5], acquis le 2 août 2012 par la société et occupé à titre de résidence principale par M. [M] [C], donataire, n'était pas revendu le 15 avril 2019, de sorte que cet actif ne peut pas constituer un actif rattaché à l'activité commerciale ;

- il n'est pas justifié de la revente de la maison située au [Localité 4] acquise en viager le 10 octobre 2014 par la société, sous le régime de droit commun de l'article 1594 D du code général des impôts, pour un montant de 392 702 euros ;

- l'ensemble immobilier, composé de plusieurs bâtiments abritant des bureaux et 301 emplacements de parkings donnés en location à des tiers, acquis par la société en crédit bail le 22 juillet 2012 relevait au jour de la donation d'une activité de pure gestion locative ;

- seuls ces éléments sont en discussion puisque les opérations d'achats/ventes achevées au jour de la donation antérieurement à l'année 2014 ou inversement conclus dans leurs 2 phases postérieurement à l'année 2014 n'ont pas à être prises en compte;

pour conclure que les premiers juges ont ainsi justement relevé **qu'au jour du fait générateur le chiffre d'affaires provenant d'une activité commerciale se chiffrait à 250 000 euros à la suite d'une vente intervenue en avril 2014, alors que l'activité civile de location immobilière représentait un montant de 974 777 euros.**

- **retient encore** , par motifs propres et adoptés que, s'agissant des SCI dans lesquelles la société Groupe des Cyclades détient des participations, celles-ci exercent principalement une activité civile de location de longue durée, qu'en suite de leur acquisition ou de leur construction, **les biens immobiliers étaient inscrits à l'actif immobilisés** , et qu'il n'est pas justifié d'opérations d'achat suivi de revente au terme des engagements de conservation susceptible de relever de l'activité commerciale de

marchand de biens,

- **pour en déduire** que les participations de la société Groupe des Cyclades dans ces sociétés civiles relèvent de l'activité civile et que l'administration fiscale est ainsi bien fondée à comptabiliser au 31 décembre 2014 ces participations de la société Groupe des

Cyclades dans les diverses SCI pour un montant d'actif brut immobilisé de 2 896 913 euros au titre des activités civiles, **de sorte qu'il peut ainsi être soutenu que la part de l'actif brut affecté à l'activité commerciale se chiffre à 41,89 % alors que la part affectée à l'activité civile est de 58,11 % ;**

Il ressort de cette motivation que pour analyser le caractère prépondérant au sens de la jurisprudence relative à l'application de l'article 787 B du CGI de l'activité commerciale de la société Groupe des Cyclades, la cour d'appel **ne s'est pas fondée sur le seul critère du chiffre d'affaires (de l'exercice du fait générateur de l'imposition), mais sur les deux critères, dont celui probablement plus pertinent que le chiffre d'affaires (s'agissant d'une activité dont les exercices peuvent être très irréguliers),**

de l'actif immobilisé affecté, alors prévus par la doctrine administrative et ce, conformément à la méthode du faisceau d'indices préconisée, par la suite, tant par la Cour de cassation, que par le Conseil d'Etat.

Je conclus pour cette raison au rejet du premier moyen pris en sa première branche.

Sur le second moyen

Il est acquis que le contribuable qui a appliqué un texte fiscal conformément à la doctrine administrative est protégé par l'article L.80 A du LPF et que le bénéfice de cette garantie est subordonné à l'application littérale de la doctrine administrative [9] invoquée.

La Cour de cassation [10] juge, à l'instar du Conseil d'Etat, **que l'application littérale de la doctrine administrative, s'impose également au juge de l'impôt** qui ne peut se fonder sur les intentions non exprimées par les auteurs d'une instruction pour apprécier l'étendue de son champ d'application [11].

L'article L. 80 A, alinéa 2, du livre des procédures fiscales (LPF), dans sa rédaction applicable issue de loi n °2008-1443 du 30 décembre 2008 prévoit que :

« [...] *Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales* ».

Les dispositions de l'article L.80A du LPF instituent un mécanisme de garantie pour le contribuable, qui est fondé à condition d'en respecter les termes, à se prévaloir de l'interprétation de la loi formellement admise par l'administration, y compris lorsque cette interprétation ajoute à cette dernière ou la contredit [12].

La doctrine administrative (BOI 10-20-40-10, § 20, publiée le 19 mai 2014) applicable en l'espèce prévoyait que deux critères cumulatifs permettent d'apprécier le caractère prépondérant de l'activité commerciale :

- le chiffre d'affaire procuré par l'activité commerciale doit être au moins égal à 50 % du chiffre d'affaire total,

- et le montant de l'actif brut immobilisé doit être d'au moins 50 % du montant total de l'actif brut [13].

Le second moyen invite à déterminer :

- si en retenant que le premier critère prévu par la doctrine administrative applicable (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 20, publiée le 19 mai 2014) relatif au chiffre d'affaires, **doit être apprécié à partir de l'exercice au cours duquel est intervenu le fait générateur de l'imposition** , la cour d'appel **a ajouté une condition** à la doctrine administrative applicable, en méconnaissance du principe d'application littérale de celle-ci et de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ? (première branche)

Le MA soutient que la doctrine administrative ne prévoit pas que le chiffre d'affaires doit être apprécié exercice par exercice, mais indique seulement que l'activité éligible doit être conservée pendant toute la durée des engagements de conservation (§ 10 de la doctrine administrative), et fait valoir qu'en se référant au seul exercice 2014, la cour d'appel a ajouté à la doctrine administrative une restriction qu'elle ne comporte pas, contrairement au principe d'application littérale.

- si en énonçant que **le critère de l'actif brut immobilisé** , prévu par la doctrine administrative applicable (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, § 20, publiée le 19 mai 2014), **ne peut pas être retenu sans appréciation de son affectation** , la cour d'appel **a fait prévaloir l'esprit de la doctrine** au mépris d'une application littérale de celle-ci, et par suite, des dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ? (seconde branche)

Sur la première branche

Je suis d'avis que la motivation critiquée de la cour d'appel de l'appréciation exercice par exercice, du chiffre d'affaires de l'activité éligible, découle du principe rappelé *supra* selon lequel le caractère prépondérant de l'activité pour juger de son éligibilité au dispositif Dutreil **s'apprécie à la date du fait générateur de l'imposition, raison pour laquelle l'arrêt s'est valablement référé à l'exercice 2014** (la donation étant intervenue en décembre 2014) **,** pour lequel la cour d'appel a constaté que le pourcentage du chiffre d'affaires relatif à l'activité commerciale était inférieur au chiffre d'affaires affecté à l'activité civile ;

Sur la seconde branche

A la supposer pertinente, les conditions posées par la doctrine administrative invoquée étant cumulatives et la première relative au chiffre d'affaires n'étant en l'espèce pas remplie,

je suis d'avis que la seconde branche pourra également être rejetée dès lors qu'il a été rappelé *supra* que la chambre commerciale quand elle applique le critère de l'analyse des actifs, pour se prononcer sur la prépondérance de l'activité éligible se fonde sur **la comparaison du ratio de la valeur vénale des actifs affectés à cette dernière /actif total.** Précisément dans l'arrêt précité du 14 octobre 2020 il est fait référence *à la valeur vénale réelle des actifs de la société « relatifs » à son activité civile de gestion* , **ce qualificatif, bien que ne figurant pas dans la rédaction de l'instruction étant nécessaire à l'application même du critère.** Pour une autre illustration de la prise en

compte du ratio des actifs « affectés à l'activité commerciale » par rapport à l'actif brut (Cass. Com. 13 mars 2024 (point 11) n°22-15300)

Cette compréhension était également celle du rapporteur public dans ses conclusions relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 janvier 2020 précité, s'agissant de l'actif brut immobilisé, **qui relevait, certes pour le considérer « *hors sujet* »,** « *ce second critère revient à exiger que la part des **éléments d'actifs affectés durablement à l'exploitation** (immeubles, marques commerciales, ou titre de participation), soit supérieure à la part des éléments de l'actif disponible, constitué notamment des créances nées de l'exploitation, des stocks ou des titres de placement, bref à exiger que l'activité ou les activités exercée(s) par la société requière(nt) un minimum d'opérations en capital. [...].*

Je conclus pour ces raisons au rejet du second moyen et donc du pourvoi.

---

[1] L'exonération prévue par l'article 787 B du CGI est subordonnée à trois conditions cumulatives :

1°/ un engagement collectif de conservation des titres d'une durée minimale de deux ans doit être en cours au moment de la transmission ;

2°/ l'exercice par l'un au moins des signataires de l'engagement collectif, d'une fonction de direction au sein de la société ;

3°/ un engagement individuel, des héritiers, donataires ou légataires de conserver les titres transmis pendant quatre ans à compter de la fin de l'engagement collectif.

[2] La loi ne conditionnant pas l'éligibilité du dispositif à l'exercice **à titre exclusif** de l'activité éligible. Cette éligibilité est admise depuis 2006 par l'administration sous réserve de la prépondérance de la partie éligible de l'activité : Rép.min. N°94047 : JOAN 24oct.2006, p.11064 , Bobe et BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014 paragraphe 20 précitée.

[3] Cass.com.14 octobre 2020, n°18-17.955.

[4] CE, 8 e et 3 e ch. réunies, 23 janvier 2020, n °435562. Dans ce même arrêt le CE se prononce en faveur de l'éligibilité au dispositif de l'article 787 du CGI de la transmission de parts ou actions d'une société qui, ayant également une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exerce principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice .

[5] L'Article 35 du CGI, dans sa rédaction applicable, issue de la loi n°2013-1279 du 29 décembre 2013 prévoit :

« I. - *Présentent également le caractère de bénéfices industriels et commerciaux, pour l' application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par les personnes physiques désignées ci-après :*

1 er Personnes qui, habituellement, achètent en leur nom, en vue de les revendre, des immeubles, des fonds de commerce, des actions ou parts de sociétés immobilières ou qui, habituellement, souscrivent, en vue de les revendre, des actions ou parts créées ou émises , par les mêmes sociétés.

1 bis Personnes qui, à titre habituel, achètent des biens immeuble en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre, en bloc ou par locaux ; (...) ».

[6] Cass.com.25 mai 2022 n°19-25513.

[7] La doctrine administrative BOI-ENR-DMTG 10-20-40-10 le 19 mai 2014 précitée, précise que la société doit conserver une activité éligible au bénéfice de l'exonération partielle pendant toute la durée de l'engagement collectif et de l'engagement individuel.

[8] Cass. Com., 25 mai 2022, pourvoi n° 19-25.513.

[9] L'administration ne peut pas faire valoir une condition non prévue par sa doctrine ni se prévaloir de l'esprit de sa doctrine pour en restreindre la portée (CAA Douai , 2 e ch.19 juin 2001, n°97DA02094Office de comptabilité et d'économie rurale d'Amiens)

[10] La doctrine administrative ne peut être appliquée que selon ses termes et sa teneur en vigueur à l'époque de l'imposition Cass. Com 7 mai 2019, n°17-13525. Cass.com.19 avril 2019 n°16-28327.

[11] Revue du droit fiscal n°51-5217 déc. 2020 JF Desbuquois et Julien Kozlowski.

[12] Il peut être rappelé que les conséquences de l'annulation d'une instruction administrative sur l'application de l'article L.80A du LPF ont été énoncées dans l'arrêt Monzani du Conseil d'Etat – CE sect.avis 8 mars 2013, n°353782 – dont il résulte que contrairement à l'effet rétroactif attaché à l'annulation des actes prononcée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, qui sont réputés n'avoir jamais existé, l'annulation d'une instruction ne la fait pas disparaître pour le passé.

[13] Le rapport rappelle que par arrêt du 23 janvier 2020 (CE 8 e et 3 e ch.réunies, 23 janvier 2020,n°435562) le CE a annulé le dernier alinéa du paragraphe 20 de cette instruction administrative.